

REVUE DE DOCTRINE

2020 – NUMERO 1

La revue de doctrine de la Chaire de droit des contrats publics comprend des analyses sur des articles de doctrine (à l'exclusion des notes de jurisprudence) choisis et portant sur les thèmes d'étude de la Chaire. Elle a vocation à être progressivement enrichie.

Ce premier numéro porte sur des articles parus en 2020. D'autres articles parus cette même année seront analysés au prochain numéro.

SOMMAIRE

➡ J. BOUSQUET, « Résister au développement de mécanismes punitifs en droit des contrats administratifs », <i>RDP</i> , 2020, p. 1447.....	4
➡ S. RENARD, « Regard publiciste sur l'ordre public et le contrat », <i>RDC</i> , 2020, p. 107.....	5
➡ J. MARTIN, « La notion d'ordre public dans les contrats administratifs », <i>RDC</i> , 2020, p. 116...	5
➡ B. DACOSTA, « L'office du juge face aux règles d'ordre public contractuel », <i>RDC</i> , 2020, p. 159.....	6
➡ S. DOUTEAUD, « Le contenu législatif de l'ordre public contractuel », <i>RDC</i> , 2020, p. 144.	7
➡ Ph. TERNEYRE, « Le contenu doctrinal de l'ordre public contractuel en droit administratif », <i>RDP</i> , 2020, p. 155.....	8
➡ L. RAGIMBEAU, « L'interprétation juridictionnelle des contrats administratifs », <i>RFDA</i> , 2020, p. 1019.....	9
➡ S. NICINSKI, « Le droit public des affaires face à la crise sanitaire », <i>AJDA</i> , 2020, p. 1717.	10
➡ F. LICHÈRE, « La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique », <i>AJDA</i> , 2020, p. 1105.	10
➡ P. BOURDON, « Le code de la commande publique : une codification à droit quasi constant », <i>AJDA</i> , 2020, p. 149.	11
➡ L. ROULET, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », <i>AJDA</i> , 2020, p. 1830.	11
➡ L. JANICOT et J.-C. ROTOUILLE, « Les contrats mettant en œuvre l'obligation réelle environnementale conclus par les personnes publiques », <i>RDI</i> , 2020, p. 496.	12

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE GÉOGRAPHIQUE > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE POSTALE > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

➡ R. NOGUELLOU, « Les marchés publics et concessions face à la crise sanitaire », <i>RDI</i> , 2020, p. 360.....	12
➡ F. LICHÈRE, « Catastrophes naturelles, calamités publiques et droit des contrats publics », <i>AJCT</i> , 2020, p. 407.....	14
➡ A. BOURREL, « L'exécution des marchés des personnes privées soumises au code de la commande publique : entre autonomie et unité des règles applicables », <i>RLDA</i> , 2020, n°165. ...	16
➡ J.-B. VILA et Y. WELS, « Convoquons les états généraux du Droit pour les concessions d'autoroutes », <i>JCP A</i> , 2020, n°48, 2312.....	17
➡ J.-B. VILA et Y. WELS, « L'équilibre économique des autoroutes et la couverture du risque : une lapalissade juridique étatisée », <i>JCP A</i> , 2020, n°48, 2313.....	18
➡ N. CHAHID-NOURAÏ, J.-L. CHAMPY et M. OUANICHE, « Les concessions d'autoroutes : mythes et réalités », <i>JCP A</i> , 2020, n°51-52, 2340.	19
➡ C. ROUX, « Le(s) <i>in house</i> au-delà du droit de la commande publique », <i>JCP A</i> , 2020, n°28, 2202.	19
➡ L. CHEVREUX, « Acquisitions et cessions immobilières des personnes publiques : quelles frontières avec la commande publique ? », <i>CMP</i> , 2020, n° 11, étude 10.	20
➡ P. LEVALLOIS, « Les progrès de l'action indemnitaire en <i>private enforcement</i> », <i>CMP</i> , 2020, n°11, étude 9.	20
➡ H. HOEPFFNER, « L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique », <i>CMP</i> , 2020, n°8-9, étude 6.....	20
➡ R. de MOUSTIER et J. BENZAKKI, « Le régime d'exécution des concessions de services sans service public », <i>CMP</i> , 2020, n°7, étude 5.....	21
➡ G. ECKERT, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », <i>CMP</i> , 2020, n°6, étude 4.....	21
➡ É. MÜLLER, « Les alternatives à la maîtrise d'ouvrage publique », <i>CMP</i> , 2020, n°5, dossier 8. 22	
➡ C. ROUX, « La loi MOP, quel avenir ? », <i>CMP</i> , 2020, n°5, dossier 9.	22
➡ J.-F. LAFAIX, « Maîtrise d'ouvrage publique : essai de délimitation (par rapport à la maîtrise d'œuvre et à la maîtrise d'ouvrage privée) », <i>CMP</i> , 2020, n°5, dossier 3.	22
➡ J.-V. MAUBLANC, « Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique », <i>CMP</i> , 2020, n°5, dossier 6.	23
➡ C. FARINEAU et A. GRAS, « Les marchés publics de services de recherche et développement », <i>CMP</i> , 2020, n°4, étude 2.....	23
➡ I. HASQUENOPH, « Nouvelles réflexions sur la commande publique et la <i>blockchain</i> », <i>CMP</i> , 2020, n°4, étude 3.....	23

 J.-G. SORBARA, « Contrats de coopération entre personnes publiques et commande publique », <i>CMP</i> , n° 3, Mars 2020, étude 1.....	24
---	----

► **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Lextenso)**

➡ **J. BOUSQUET**, « Résister au développement de mécanismes punitifs en droit des contrats administratifs », *RDP*, 2020, p. 1447.

Le droit de l'UE n'est plus fermé aux mécanismes de dommages et intérêts punitifs. Ces mécanismes apparaissent en responsabilité extracontractuelle et en responsabilités civile et environnementale. En droit public, la responsabilité est envisagée comme un traitement curatif des préjudices d'un fait dommageable. Développer la fonction punitive de la responsabilité permettrait de renforcer la force obligatoire du contrat par la dissuasion de l'inexécution intentionnelle des obligations. L'auteur constate les nombreuses occurrences en droit privé qui pourraient être reprises par le juge administratif. La fonction punitive de la responsabilité contractuelle se constate avec l'indemnisation forfaitaire qui ne prend pas en compte la situation effective de la victime. La règle de l'indemnisation intégrale du préjudice est également malmenée par l'indemnisation de préjudices annexes tels que le trouble de jouissance ou le préjudice moral en matière contractuelle. La clause pénale donne une connotation répressive à l'indemnisation contractuelle. La sanction financière du référé contractuel ressemble à l'amende civile car elle revient au Trésor Public et son montant n'est pas lié au préjudice subi. Les procédés punitifs du droit privé seraient ainsi favorables à l'administration car le juge administratif n'est pas très enclin à qualifier de lourde ou grave les fautes contractuelles de l'administration, et que les libéralités lui sont interdites. Le droit des contrats publics est toutefois déjà doté de mécanismes, notamment unilatéraux, qui contribuent au respect de la force obligatoire du contrat.

► **Revue des contrats (Lextenso)**

➡ **S. RENARD, « Regard publiciste sur l'ordre public et le contrat », *RDC*, 2020, p. 107.**

Confronter le contrat et l'ordre public implique de retenir une définition de ces deux concepts évanescents. Cela implique de les réduire à ce qui est convenu. Le contrat peut alors, simplement, se définir comme un acte de rencontre d'au moins deux volontés en vue de produire des effets juridiques obligatoires. L'ordre public, quant à lui, se caractérise par un aspect institutionnel et un aspect fonctionnel. Le versant institutionnel représente les normes garantes du bon fonctionnement des institutions nécessaires au « pacte social ». Au plan fonctionnel, il prend forcément une direction, laquelle consiste, dans une société libérale, en ce que les valeurs protégées par l'ordre public soient inspirées de la liberté et que la restriction ne soit toujours que l'exception. L'ordre public agit donc d'abord en limitant la liberté contractuelle mais ensuite, à son tour, le contrat peut être au service de l'ordre public.

Sur le premier versant, l'ordre public agit d'abord comme une limitation absolue à la liberté contractuelle. Ainsi, certaines stipulations sont tout simplement interdites du fait de règles d'ordre public découlant de la loi ou de la jurisprudence, telles que l'inaliénabilité du domaine public, l'indisponibilité des compétences, le principe d'interdiction de consentir des libéralités ou encore l'interdiction de se dessaisir des missions de police. Par ailleurs, l'ordre public peut aussi s'imposer au contrat, extérieurement à la volonté des parties, c'est le cas concernant les règles générales applicables aux contrats administratifs.

Sur le second versant, le contrat peut d'abord être un instrument de la « garantie du bon ordre ». Le contrat peut ainsi déléguer certaines activités matérielles de police, ce que la jurisprudence et la loi ont déjà admis. Enfin, le contrat peut être un outil de formulation des impératifs d'ordre public. Tel est le cas, notamment, des contrats de plans, des conventions hôpital-police-justice ou encore des contrats locaux de sécurité, qui permettent aux personnes publiques de formuler des impératifs d'ordre public. Ce développement ne doit pas laisser indifférent. Certes, le recours au procédé contractuel favorise l'acceptation, mais en la matière, l'unilatéralité doit rester la règle.

➡ **J. MARTIN, « La notion d'ordre public dans les contrats administratifs », *RDC*, 2020, p. 116.**

Les rapports qu'entretiennent l'ordre public et les contrats administratifs sont de même nature que ceux qui lient ordre public et contrat privé. Plusieurs dispositions du Code civil précisent ces rapports. L'article 6 selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » et les articles 1102 et 1162 selon lesquels la liberté contractuelle ne saurait déroger à l'ordre public, en particulier concernant le contenu contractuel.

Toutefois, l'ordre public n'est jamais défini. Il y a pourtant eu des tentatives de systématisation, notamment en droit privé avec la thèse de Ph. Malaurie, mais il semble que l'on soit contraint plus d'identifier l'ordre public que d'en définir l'essence, sinon au travers d'une paraphrase floue selon laquelle l'ordre public serait « le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité ». Le juriste semble donc contraint d'égrener les manifestations de l'ordre public, sans pouvoir jamais le définir. Dans les contrats administratifs, un constat analogue peut être dressé : les auteurs ont pu s'intéresser aux manifestations de l'ordre public ou à ses fonctions, mais jamais l'ordre public dans les contrats administratifs n'a été défini. L'auteur propose donc une définition en ajoutant à l'identification fonctionnelle classique une identification existentielle. L'entreprise de définition se poursuit à travers une distinction de l'ordre public et de notions voisines.

Sur l'identification fonctionnelle, l'auteur note que la doctrine publiciste tend à assimiler l'ordre public aux règles impératives dont la méconnaissance est source de nullité du contrat ou d'une clause. Il constituerait donc la clef de distinction entre les règles impératives et les règles supplétives, sans, par ailleurs, que la distinction des nullités absolues et des nullités relatives ne soit opérante en droit public. Quant à l'identification existentielle, l'auteur distingue en fonction de la source de la règle d'ordre public, qu'elle soit législative ou juridictionnelle, les deux pouvant avancer de concert : dans le cas, notamment, où il ne ressort pas expressément de la loi qu'une règle est d'ordre public, le juge peut tout de même l'estimer.

Dans cette conception, l'ordre public se confond donc avec l'impérativité et peut alors être ramené à l'intérêt général. Mais il y a lieu de dépasser cette première vue. En effet, il faut davantage estimer que les règles d'ordre public ne constituent qu'une partie des règles impératives, celles dont le respect est absolument nécessaire au pacte social. Concernant le droit de la commande publique, cela ne concernerait que les principes fondamentaux de rang constitutionnel ou reconnus comme tels par le droit européen. Les règles de passation plus techniques ne seraient qu'impératives (ce qui est attesté par le fait que leur non-respect n'entraîne pas *ipso facto* l'annulation du contrat en application de la jurisprudence *Béziers I*). Une différence de degré existerait entre l'impérativité et l'ordre public. Néanmoins, la frontière entre ordre public et intérêt général est plus délicate à tracer. Enfin, il y a lieu de distinguer règles d'ordre public et moyens d'ordre public, de telles règles ne trouvant pas nécessairement leur prolongement dans de tels moyens et vice-versa. Par exemple, la responsabilité contractuelle sans faute sur le fondement de l'imprévision est une règle d'ordre public, mais n'est pas un moyen d'ordre public. Il en résulte que le juge ne peut le relever d'office et que les parties ne peuvent l'invoquer en appel.

➡ **B. DACOSTA, « L'office du juge face aux règles d'ordre public contractuel », *RDC*, 2020, p. 159.**

En contentieux contractuel, le moyen d'ordre public a « un double visage ». D'une part, il agit à l'encontre du contrat, d'autre part, il constitue un outil d'aiguillage « conçu pour que le litige contractuel soit tranché par application de règles pertinentes ».

Sur le premier point, le bouleversement a eu lieu avec la décision *Béziers I* en 2009. Avant que n'intervienne cet arrêt, les données de la question étaient assez simples : tout moyen susceptible d'entraîner la nullité du contrat était d'ordre public (CE, 19 déc. 2007, *Sté Sogepar*, Rec., p. 944). Depuis l'arrêt *Béziers*, seules peuvent être relevées d'office les irrégularités « tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ». Lorsque le contrat est porté devant le juge par un tiers, la décision *Département de Tarn-et-Garonne* retient une logique analogue, quoiqu'une formulation légèrement différente : seul peut être annulé le contrat qui « a un contenu illicite ou se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office », ce que le juge semble interpréter strictement (CE, 9 nov. 2018, *Sté Cerba*, n°420654).

Sur le second point, l'auteur note « l'absence d'utilisation des moyens d'ordre public pour sanctionner l'inexécution d'obligations contractuelles ». Ce faisant, le juge préserve l'idée d'un contrat chose des parties et se refuse à suppléer certaines carences, y compris lorsque la personne publique défend mal ses intérêts devant lui. Néanmoins, le moyen d'ordre public permet au juge d'éviter que le litige ne soit réglé sur un terrain non pertinent. Ainsi, par exemple, le juge relève d'office, en marchés de travaux, que la réception a bien eu lieu, de manière à orienter les débats contentieux sur la responsabilité décennale et non contractuelle.

➡ **S. DOUTEAUD, « Le contenu législatif de l'ordre public contractuel », *RDC*, 2020, p. 144.**

L'ordre public contractuel se définit négativement : il s'agit des règles ne supportant aucune dérogation contractuelle. De prime abord, en droit administratif, il semble être exclusivement l'œuvre du juge. Cependant, le juge ne fait que reconnaître, identifier une règle d'ordre public, dont la source peut bien être extra jurisprudentielle, notamment législative. Il y a donc un contenu législatif de l'ordre public contractuel en droit administratif.

Cet ordre public contractuel de source législative se trouve dans différents textes, est éparpillé, bien que la codification soit un remède à ce phénomène. Cependant, cet éparpillement ne peut totalement être évité. Par exemple, on trouvera toujours des règles d'ordre public dans le Code civil, à côté de celles, plus spécifiques, s'appliquant aux contrats administratifs et qui se trouvent notamment dans le Code de la commande publique.

L'identification de ces règles d'ordre public n'est pas aisée. Parfois, la jurisprudence aide, surtout lorsqu'elle a inspiré la règle législative, comme en ce qui concerne les règles générales applicables aux contrats administratifs codifiées à l'article préliminaire du Code. Pour le reste, il faut souvent s'en remettre à la formulation de la règle, à son impérativité qui peut être le signe de l'impossibilité pour les contractants d'y déroger. *A contrario*, le Code de la commande publique prévoit parfois que certaines des règles qu'il prescrit sont supplétives de volonté.

Sur le contenu de l'ordre public matériel, on peut opter pour plusieurs méthodes permettant de catégoriser ces règles : d'une part, une approche large fondée sur la dichotomie légalité interne,

légalité externe, d'autre part, une approche finaliste, selon l'intérêt protégé par la règle : celui de la collectivité ou celui des contractants.

Enfin, l'autorité de la règle d'ordre public se mesure à son traitement juridictionnel : comme impérative, elle doit pouvoir être discutée devant le juge et son inobservation doit entraîner la nullité du contrat. Le juge tend à atténuer la force des conséquences de l'inobservation de l'ordre public contractuel.

➡ **Ph. TERNEYRE, « Le contenu doctrinal de l'ordre public contractuel en droit administratif », *RDP*, 2020, p. 155.**

L'auteur traite ici non pas de la détermination doctrinale des règles de l'ordre public contractuel, mais bien du contenu et des fonctions de l'ordre public contractuel en droit administratif « vus du côté de la doctrine ». Il développe alors trois idées.

Premièrement, ces règles d'ordre public sont complexes, évolutives et protéiformes. Elles sont contingentes et varient au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles. Cette caractéristique est d'ailleurs partagée avec les règles d'ordre public contractuel en droit privé.

Deuxièmement, il précise que les règles d'ordre public contractuel, malgré leur caractère protéiforme, peuvent tout de même être identifiées par le recours à certains « indices », étant entendu que, contrairement à une idée répandue, toutes les règles du droit des contrats administratifs ne sont pas nécessairement d'ordre public. Ces indices diffèrent en fonction de la source de la règle d'ordre public, selon qu'elle est d'origine textuelle ou dégagée *ex nihilo* par le juge administratif. S'il s'agit d'une règle contenue dans un texte, quatre indices peuvent permettre d'en identifier le caractère de règle d'ordre public, à savoir sa valeur normative, le fait qu'elle soit assortie ou non d'une sanction pénale en cas de manquement, le fait qu'elle soit d'applicabilité immédiate aux situations contractuelles en cours et, enfin, la question de l'intention de l'auteur de la norme à lui conférer une telle portée. Concernant les règles d'ordre public dégagées par la jurisprudence, celles-ci tendent à refléter le souci du juge de faire en sorte que la liberté contractuelle ne puisse déroger à la continuité du service public ou à ce que le juge lui-même considère comme impératif. Troisièmement, enfin, la règle d'ordre public a une vocation et peut s'identifier selon un point de vue fonctionnel. L'auteur décline alors trois fonctions essentielles de l'ordre public : « l'ordre public de protection », « l'ordre public de direction » et « l'ordre public de régulation contentieuse ».

► **Revue française de droit administratif (Dalloz)**

➡ **L. RAGIMBEAU**, « L'interprétation juridictionnelle des contrats administratifs », *RFDA*, 2020, p. 1019.

L'interprétation est « l'acte par lequel un tiers, ici le juge administratif, détermine le sens d'un texte », considéré comme obscur ou imprécis. Le contrat, comme toute norme susceptible d'être portée au contentieux, peut faire l'objet d'une telle interprétation juridictionnelle, soit à titre incident si de l'interprétation du contrat est la condition de la résolution du litige, soit à titre principal dans le cadre du recours en interprétation. Néanmoins, le caractère intersubjectif du contrat le distingue, au stade de l'interprétation, de la loi ou de toute autre norme unilatérale pour laquelle l'interprétation se veut davantage objective.

Par principe, le contrat administratif ne s'interprète que s'il est obscur ou ambigu, conformément à l'adage *interpretatio cessat in claris* et selon la commune intention des parties. En effet, le contrat administratif est une espèce du genre contractuel et son interprétation ne doit pas différer de celle du contrat de droit privé. Elle n'est qu'un acte de connaissance de la volonté des parties au moment de la rencontre de leur volonté et le juge doit s'interdire d'aller au-delà. Cette posture est aujourd'hui dominante, appliquée par le juge administratif et globalement admise par la jurisprudence.

Cependant, les spécificités inhérentes au contrat administratif permettent d'entrevoir un tout autre aspect de l'interprétation juridictionnelle des contrats administratifs : « la recherche d'une volonté conforme à l'intérêt général ». Cet aspect invite le juge à procéder à une interprétation dynamique du contrat en lui faisant produire des effets qui n'avaient pas, par le simple jeu des clauses contractuelles, été manifestement voulus par les parties. Ce faisant, le juge substitue à la doctrine du sens-clair une logique de « nécessité interprétative » et à une interprétation comme acte de connaissance, une interprétation comme acte de volonté, afin de conformer la commune intention des parties aux nécessités impératives de l'intérêt général. Une telle tendance a, par ailleurs, servi de « tremplin » à l'élaboration des règles générales applicables aux contrats administratifs, si bien que le contrat peut être considéré comme une source indirecte du droit objectif.

L'auteur reprend ici une analyse déjà conduite (V. Lamy, Recherche sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs. Contribution à l'interprétation du contrat en droit public, Thèse Aix-Marseille, 2019), en y ajoutant une proposition consistant à étendre le contrôle du juge de cassation en matière d'interprétation du contrat, celui-ci étant actuellement cantonné au contrôle de dénaturation de la commune intention des parties.

► **Actualité juridique – Droit administratif (Dalloz)**

➡ **S. NICINSKI, « Le droit public des affaires face à la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, p. 1717.**

Les mesures de confinement se sont heurtées aux libertés économiques ; s'en sont suivis nombre de contentieux. Le droit des aides d'État a également fait l'objet de communications de la part de la Commission européenne. Le droit de la commande publique a été mobilisé de 2 manières : pour faciliter l'achat public et comme soutien aux entreprises. L'ordonnance prévoit un marché public de substitution si défaillance du titulaire. L'auteur s'interroge ; cela ne s'apparente-il pas un régime spécifique de résiliation pour inexécution non fautive ? La notion de charge manifestement excessive est peu utilisée en droit des contrats administratifs. L'auteur suppose « qu'il faut l'interpréter à la lumière des stipulations du contrat, qui doivent permettre de déterminer jusqu'à quel point il incombe au titulaire d'absorber les conséquences d'événements extérieurs venant impacter l'exécution du contrat. On peut aussi supposer qu'elle s'apprécie différemment en fonction des diverses phases de confinement, puis de déconfinement ». L'auteur espère que l'ordonnance ne déclenche ni abus, ni contentieux excessifs.

➡ **F. LICHERE, « La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique », *AJDA*, 2020, p. 1105.**

La question des surcoûts liés à l'exécution dégradée des contrats n'est pas suffisamment réglée par le droit actuel.

- *Insécurité juridique des règles particulières* : peu de solution dans les CCAG et amphibologie de l'ordonnance.
- *Insécurité dans l'application de l'imprévision* : quand dater l'imprévisibilité ? Appréciation du bouleversement du contrat ? Quelle répartition de la prise en charge financière des surcoûts, et comment établir ces derniers ?

La théorie actuelle de l'imprévision ne répondra pas à l'objectif de relance économique.

- *Création disposition légale sur imprévision* : application chronologique selon conclusion avant ou après état d'urgence sanitaire, modulation de la prise en charge des surcoûts. Calcul des surcoûts laissé aux parties qui devraient se mettre d'accord sur le montant des surcoûts. Filtre constitutionnel de cette disposition contournable.
- *Répartition de la charge finale des surcoûts* : assumées par l'État (mais rationalisation des dépenses incompatible) ou par les autorités contractantes (risque de résiliation de contrat faute de moyen) ? solution intermédiaire pour une répartition vertueuse des surcoûts.

La circulaire du 1^{er} Ministre en date du 9 juin 2020 a invité les ministres à prendre en charge l'indemnisation, au moins en partie, de ces surcoûts. Une note de la Direction des achats de l'État

du 16 juin 2020 s'avère plus restrictive, en particulier en condamnant toute indemnisation forfaitaire des surcoûts. Ces textes ne valent que pour les services de l'État. Le gouvernement a renoncé à créer un droit à la prise en charge des surcoûts.

➡ **P. BOURDON**, « Le code de la commande publique : une codification à droit quasi constant », *AJDA*, 2020, p. 149.

Le code de la commande publique opère une codification à droit quasi constant. Le marché public devient un modèle de contrat de la commande publique. Demeurent toutefois des hésitations sur les catégories de contrat, et sur les critères qui permettent de les distinguer. Le marché public devient la catégorie principale des contrats de la commande publique, par la structure même du code et par les dispositions communes aux contrats, marquées par les marchés publics. L'auteur note toutefois que la distinction entre marché et concession est faible. Les principes de la commande publique ont fait l'objet d'hésitations, reflétées par l'art. 3 du CCP. Le code érige le principe d'égalité en principe directeur, ce qui s'accorde avec la jurisprudence.

➡ **L. ROULET**, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », *AJDA*, 2020, p. 1830.

La notion du risque d'exploitation, et son transfert au contractant, est l'élément central de la définition du contrat de concession. Le contractant a droit à un certain bénéfice à raison de son droit d'exploitation. L'auteur critique la solution retenue dans l'arrêt *EDT Engie* en ce qu'elle prive le concessionnaire de ses gains de productivité. L'auteur estime qu'elle peut conduire le concessionnaire à se montrer dispendieux. Il n'est en outre pas prévu un quelconque remboursement des sommes excédantes non prévues dans le compte d'exploitation prévisionnel. L'auteur critique ensuite la solution de la décision *Vallée de l'Ubaye*. Le concessionnaire ne reçoit aucune indemnité de l'expropriation des biens de retour si sa performance économique est suffisante. Concernant la décision *Toulouse Métropole*, l'auteur estime que la surperformance économique d'une concession justifie une réduction de la durée du contrat. Enfin, il condamne la limitation non équilibrée du risque d'exploitation. A trop le modeler, cela risque d'avoir des conséquences sur la caractérisation des contrats de la commande publique.

► **Revue de droit immobilier (Dalloz)**

➡ **L. JANICOT et J.-C. ROTOUILLE, « Les contrats mettant en œuvre l'obligation réelle environnementale conclus par les personnes publiques », *RDI*, 2020, p. 496.**

L'obligation réelle environnementale est mise en œuvre dans les contrats ORE depuis la loi biodiversité du 8 août 2016. Ces contrats sont conclus entre un propriétaire et une personne agissant pour l'environnement qui va conseiller, assister techniquement ou aider à financer le propriétaire. La présence de personnes publiques dans ces contrats soulève des difficultés relatives à leur régime et à leur qualification. Peu de contrats ORE ont été conclus avec des personnes publiques, mais le cas échéant cela se présente de trois façons.

Lorsque le contrat ORE entre un propriétaire public et un non-propriétaire public consiste en un soutien financier de la personne privée, la qualification du contrat est indéterminée. Les auteurs notent la rareté de cette hypothèse en pratique. Si le contrat consiste en la réalisation de travaux ou la prestation de services ou de fournitures, la qualification est ici aussi incertaine. Les critères jurisprudentiels ne permettent pas de trancher en faveur d'une qualification ou d'une autre.

Lorsque le contrat ORE entre un propriétaire privé et non-propriétaire public, tant le soutien financier que la prestation de services ou la fourniture de bien oscillent entre la qualification de commande publique et d'autres qualifications voisines. Enfin, les auteurs notent qu'un contrat ORE conclu entre un propriétaire public et non-propriétaire public, qu'il ait pour objet un soutien financier ou des aides matérielles, n'échappe pas lui aussi aux hésitations de qualification.

➡ **R. NOGUELLOU, « Les marchés publics et concessions face à la crise sanitaire », *RDI*, 2020, p. 360.**

L'objectif des dispositions est de soutenir les entreprises, de faire de la commande publique un outil de relance économique et d'exécuter correctement les contrats conclus. Demeure toutefois une grande incertitude sur la notion de « contrat public » de l'ordonnance 2020-319.

- Règles sur la conclusion des contrats

Jusqu'au 10 juillet 2021, une entreprise admise à une procédure de redressement judiciaire mais bénéficiant d'un plan de redressement ne peut être exclue. Cela est discutable pour les concessions car « ces contrats supposent des entreprises particulièrement robustes, sur une durée longue, ce qui paraît peu compatible avec une situation de redressement judiciaire ».

- Règles sur l'exécution des contrats

En ce qui concerne la durée, le juge devrait se montrer conciliant avec les avenants de prolongation. En matière de trésorerie, rien n'oblige les acheteurs à retenir des règles plus favorables au versement des avances. La circulaire du 9 juin 2020 soulève deux questions : la première, savoir comment il

convient de raisonner en cas de prise en charge insuffisante par l'État maître de l'ouvrage ? La seconde, comment raisonner pour les marchés passés par les collectivités territoriales ?

Il faut s'assurer que les dispositions temporaires n'ont pas conduit à des effets d'aubaine ou à l'application de règles trop strictes pour les entreprises. Un bilan chiffré de la mise en œuvre des dispositions et une étude comparative européenne seraient les bienvenus.

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE **GÉOGRAPHIQUE** > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE **POSTALE** > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

► **Actualité juridique – Collectivités territoriales (Dalloz)**

➡ **F. LICHÈRE, « Catastrophes naturelles, calamités publiques et droit des contrats publics », *AJCT*, 2020, p. 407.**

Les calamités publiques sont rarement prises en compte en droit des contrats publics. Il y a une occurrence dans le CCP (R.2322-4) et dans le CCAG Fournitures (pas dans le CCAG Travaux). Il n'y a que très peu d'occurrences dans la jurisprudence. Le Code civil ne reconnaît pas ces notions. Les catastrophes naturelles et les calamités publiques « se retrouvent englobées dans d'autres notions, à l'image de l'imprévision et de la force majeure ». Les points communs des notions sont qu'elles sont imprévisibles, empêchent ou affectent l'exécution des contrats.

L'article traite de « savoir en quoi et comment les catastrophes naturelles et les calamités publiques empêchent l'exécution des contrats administratifs ».

- *La résiliation pour force majeure prononcée par la personne publique :*

Il n'y aura résiliation que si la force majeure rend le contrat sans objet. En ce sens, les mesures gouvernementales peuvent rendre certain ce fait-là. En présence de circonstances exceptionnelles, un report est possible, sans qu'il soit nécessaire de résilier le contrat et de relancer la procédure, même si cette dernière solution est certainement plus sûre juridiquement. Les modifications financières devront tenir compte du CCP tandis que pour les concessions, il n'y a pas réellement d'hypothèse de résiliation.

Du point de vue procédural, la personne publique doit pouvoir résilier unilatéralement sans recourir au juge (prévu dans CCP) ; ce sera une résiliation sans indemnisation du manque à gagner (mais indemnisation de la part non amortie du bien).

- *La résiliation pour force majeure demandée par le cocontractant*

Elle est acceptée de longue date par la jurisprudence administrative, bien que les conditions soient rigoureusement interprétées du fait de l'intérêt général du contrat. L'auteur précise que l'irrésistibilité s'apprécie au regard des capacités du cocontractant et que l'imprévision qui s'inscrit dans le temps autorise les parties à demander au juge administratif la résiliation pour « force majeure administrative ».

- *Les dispositions de l'ordonnance n°2020-319 relative à la suspension*

Les pénalités sont dispensées au-delà des conditions de la force majeure, notamment s'il y a une « charge manifestement excessive » pour le titulaire ; l'interprétation de la notion est subjective.

L'ordonnance contient des formules énigmatiques et ne permet pas de savoir s'il existe un droit à avenant pour le cocontractant. Elle ne fait que répéter qu'on peut toujours modifier un contrat par avenant, sous réserve de respecter les règles relatives à la modification des marchés publics.

Toutes les concessions sont visées dans l'ordonnance.

- *Les questions liées à la suspension du contrat pour cause de force majeure laissées en suspens*

L'une des questions est la formalisation de la demande de suspension et à la personne à l'origine de cette formalisation : normalement, ce devrait être à la partie qui invoque la force majeure et demander la suspension. Il peut y avoir une suspension de fait.

L'autre question est relative à l'indemnisation des frais liés à la suspension et à l'incidence de la personne à l'origine de la suspension : si la personne publique suspend, les frais supportés seront supportés par elle. Sinon, sauf clause contractuelle contraire, il n'y aura pas d'indemnisation des surcoûts.

Il est souhaitable que les futurs CCAG puissent proposer des modèles de clauses « épidémie » ou « pandémie ».

► **Revue Lamy – Droit des affaires (Lamy)**

➡ **A. BOURREL**, « L'exécution des marchés des personnes privées soumises au code de la commande publique : entre autonomie et unité des règles applicables », *RLDA*, 2020, n°165.

L'élargissement de la notion de commande publique au niveau européen a pour conséquence l'intégration dans le giron de ce droit des entités de droit privé. L'auteur note une autonomie relative des règles applicables aux marchés des personnes privées en cas d'exécution normale. Ainsi depuis la réforme de 2015, un effort d'unification et de simplification du régime de la sous-traitance est à noter. En matière de maîtrise d'ouvrage, certaines dispositions de la loi MOP désormais reprises dans le code de la commande publique sont applicables à certaines personnes privées. En matière d'exécution financière du marché, les règles relatives aux avances, acomptes, paiements et garanties ne sont pas les mêmes pour les personnes publiques et les personnes privées. En ce qui concerne la modification des contrats en cours d'exécution, le code de la commande publique unifie les règles applicables aux acheteurs publics et privés. L'auteur note une convergence des régimes de droit public et de droit privé vis-à-vis de la théorie de l'imprévision. Il soulève également trois spécificités : les cocontractants de l'administration ne peuvent lui opposer l'exception d'inexécution et dans les marchés des personnes privées relevant du code de la commande publique qui sont de droit privé, la modification et la résiliation unilatérales ne sont pas possibles.

► **La Semaine juridique – Administration et collectivités territoriales
(Lexis Nexis)**

► J.-B. VILA et Y. WELS, « Convoquons les états généraux du Droit pour les concessions d'autoroutes », *JCP A*, 2020, n°48, 2312.

En matière de concessions d'autoroutes, l'analyse strictement économique semble bel et bien avoir pris le pas sur l'analyse juridique. D'ailleurs, les nombreux rapports des différentes autorités s'étant penchées sur la question en attestent : la question de la rentabilité de ces concessions absorbe tout. Or, il semble selon les auteurs que certains mécanismes financiers à l'œuvre dans ces contrats se trouvent aux frontières de la légalité, ce qui invite à confronter les concessions d'autoroutes elles-mêmes au droit.

En ce qui concerne les mécanismes financiers, le premier point concerne l'illégalité apparente du décret du 24 janvier 1995 qui indexe l'augmentation des tarifs des péages autoroutiers non seulement au titre des nouveaux travaux réalisés par le concessionnaire, mais encore sur l'inflation, rendant ainsi automatique la hausse de tarifs devenus trop importants, ce sur quoi s'accordent tous les rapports publics s'étant intéressés à la question. Or, les dispositions du Code de la voirie routière entre 1995 et 2001, puis celles du Code monétaire et financier entre 2001 et 2013 rendaient bien illégal ce décret, avant qu'une loi de 2013 ne vienne couvrir cette illégalité, mais sans rétroactivité. Néanmoins, le nouveau texte suppose un décret d'application qui n'a jamais été édicté, sauf à considérer que le décret de 1995 vient en application d'une loi de 18 ans sa cadette. Le décret est donc illégal dès le début et l'administration est obligée de l'abroger en application de la jurisprudence *Compagnie Alitalia*. Par ailleurs, si l'augmentation des tarifs sur la base de travaux nouveaux via des contrats quinquennaux semble fondée en droit, il n'existe pas de mécanisme permettant de vérifier la corrélation entre l'augmentation des tarifs et l'effectivité des travaux.

Du reste, le Protocole de 2015 sur la réalisation de nouveaux investissements en contrepartie d'un allongement des durées des concessions avait été soumis à la Commission qui avait formulé certaines exigences afin que la nouvelle donne de la relation contractuelle ne tombe pas sous le coup de la prohibition des aides d'État. Or, il est constant que ces exigences ne sont pas respectées par l'État, qui semble s'être désengagé de la question. En particulier, l'augmentation de la durée des concessions devrait, selon la Cour des comptes, engendrer des recettes d'exploitation de 15 milliards d'euros alors que la Commission avait validé l'opération pour 3,2 milliards.

La question des provisions est aussi juridiquement douteuse d'autant qu'aucun contrôle public n'est exercé sur celles-ci. Il en va de même pour les dotations aux amortissements qui ne sont qu'exceptionnellement permises et à des conditions strictes dans les concessions puisque les biens utilisés n'appartiennent pas au concessionnaire. Pourtant, il semble bien que les concessionnaires les utilisent largement et au-delà de ce qui est permis pour réduire l'assiette de leur impôt sur les

sociétés. Enfin, d'autres mécanismes laissent à penser que le risque contractuel est anéanti, à rebours de la logique concessive.

Quelles pourraient être les solutions juridiques ? Concernant l'illégalité du décret de 1995, il semble possible, selon les auteurs, que l'État puisse demander aux concessionnaires la rétrocession des hausses tarifaires illégales. Plusieurs fondements possibles sont avancés par les auteurs : le droit des aides d'État ou encore le principe d'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités. De plus, les surcompensations issues du Protocole de 2015, révélées par la Cour des comptes en 2019 pourraient être contestées devant le juge administratif et devraient, en toute logique, être notifiées à la Commission au titre d'une aide nouvelle.

Ces illégalités en cascade interrogent naturellement la question du terme des concessions d'autoroutes. Si, telle est la solution actuellement privilégiée, celles-ci vont à leur terme contractuel, alors il faudra mettre en place de nombreux mécanismes de nature à corriger ces illégalités et à rétablir l'équilibre économique des concessions, ce qui présente d'importants risques juridiques et économiques. Ces risques pourraient être limités par la résiliation anticipée des concessions. Cette hypothèse est souvent balayée d'un revers de main, le chiffre de 44 milliards d'euros d'indemnités à verser étant agité comme un épouvantail. Mais ce chiffre, qui résulte du rapport Chanteguet de 2013 lequel l'a repris d'une estimation de la Bank of Canada, n'est absolument pas certain. Si l'on intègre, notamment, les augmentations illégales des tarifs des péages, il diminuerait considérablement. Quoi qu'il en soit, il est nécessaire de convoquer les états généraux des concessions d'autoroutes.

➡ **J.-B. VILA et Y. WELS, « L'équilibre économique des autoroutes et la couverture du risque : une lapalissade juridique étatisée », *JCP A*, 2020, n°48, 2313.**

Les auteurs portent l'analyse sur le premier rapport quinquennal de l'ART relatif à l'économie des concessions autoroutières. La mesure de la rentabilité effectuée par l'autorité révèle néanmoins des failles, qui ne sont que le reflet des incohérences juridico-économiques plus générales des analyses de l'autorité.

En effet, la mesure de la rentabilité des concessions d'autoroute à laquelle a procédé l'ART est tout à fait parcellaire puisqu'elle s'assied seulement sur un Taux de rentabilité interne tronqué qui ne permet pas une analyse large de la rentabilité de ces concessions.

La méthode est d'autant plus critiquable que l'ART laisse inexploitées certaines données comme le contexte économique de son analyse. On peut s'en étonner d'autant que la Cour des comptes et l'Autorité de la concurrence ont proposé des analyses plus complètes.

Le risque pesant sur les concessionnaires semble d'ailleurs inexistant, la clientèle étant captive et les sociétés concessionnaires étant en situation monopolistique. Les chiffres montrent d'ailleurs que le trafic augmente. Mais même à trafic constant, le chiffre d'affaires des sociétés ne peut que croître sans cesse, en particulier du fait de l'indexation des tarifs des péages sur l'inflation.

Les auteurs pointent également d'importantes incohérences juridiques dans le rapport, en particulier sur la question du sort des biens à l'issue des concessions, mais encore celle du risque, qui est résolue par l'autorité sur le fondement d'une mesure de la rentabilité calculée selon une méthode tronquée. On n'ose imaginer les conséquences d'une requalification des concessions d'autoroute.

➡ **N. CHAHID-NOURAÏ, J.-L. CHAMPY et M. OUANICHE, « Les concessions d'autoroutes : mythes et réalités », *JCP A*, 2020, n°51-52, 2340.**

La question de la rentabilité des concessions autoroutières est polémique. Le décret du 24 janvier 1995, indexant les péages sur l'inflation, serait illégal. Or, l'argument reposant sur l'interdiction législative d'indexer le prix de biens et services sur l'inflation ne vaut que pour les dispositions statutaires et conventionnelles, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La codification du Code monétaire et financier ne change pas la donne. Un rééquilibrage des concessions est intervenu en 2015. Le Conseil d'État a rejeté les recours formés contre le protocole et ses avenants. Les auteurs estiment qu'il n'y a pas eu de surcompensation. Ils rappellent ensuite que les provisions pour renouvellement constituées et les amortissements de caducité sont régis par un double référentiel comptable qui répond au principe de prudence. Une résiliation anticipée sans indemnisation du concessionnaire est écartée.

➡ **C. ROUX, « Le(s) *in house* au-delà du droit de la commande publique », *JCP A*, 2020, n°28, 2202.**

La personnalité juridique, la réalité et l'autonomie de l'exception *in house*, exception à la mise en concurrence, ont été interrogés. Les critères de l'activité dédiée et du contrôle analogue sont mobilisés dans les notions d'influences dominante ou déterminante, qui se retrouvent dans la qualification d'entreprise publique ou d'organisme de droit public ou en droit des concentrations. Une analogie se remarque également dans la théorie des associations transparentes ainsi qu'en droit fiscal, dont la notion d'organisme de droit public est autonome. L'affranchissement de la mise en concurrence se retrouve également dans certains articles du CG3P ainsi que dans le règlement du 23 octobre 2007 relatif aux services de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, bien que le critère de l'activité dédiée ne soit pas repris. L'exception *in house* pourrait dépasser le seul cadre du droit de la mise en concurrence, bien qu'elle ne soit pas toujours la meilleure solution pour échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence. L'auteur s'interroge enfin sur le « *in house* domanial ».

► **Contrats et marchés publics (Lexis Nexis)**

➡ **L. CHEVREUX, « Acquisitions et cessions immobilières des personnes publiques : quelles frontières avec la commande publique ? », *CMP*, 2020, n° 11, étude 10.**

Les opérations immobilières des personnes publiques sont dispensées de publicité et de mise en concurrence. Cela vaut tant pour les acquisitions (lorsque la construction est entamée) que pour les cessions (à l'exception de certaines ventes de l'État). Ce principe a toutefois des frontières poreuses. Lorsque l'acquisition porte sur un bien dont la construction n'est pas entamée, ce peut être un contrat de commande publique. En matière de cession, il faut veiller à ce qu'elle ne réponde pas à un besoin de l'administration. La VEFA privée peut être mise en œuvre si la vente constitue l'objet principal du contrat ; la VEFA publique est également possible d'après le code de la commande publique.

➡ **P. LEVALLOIS, « Les progrès de l'action indemnitaire en *private enforcement* », *CMP*, 2020, n°11, étude 9.**

Une nouvelle branche du contentieux administratif apparaît depuis quelques années, le *private enforcement*. L'action est ouverte aux personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de la commande publique. Le juge administratif est compétent pour connaître l'action en responsabilité quasi-délictuelle dirigée contre les membres d'un cartel. L'action est désormais largement ouverte aux personnes publiques. La prescription a été calquée sur celle de *public enforcement*, c'est-à-dire 5 ans. Le régime probatoire, sévère avec les auteurs de l'entente, est issu de la directive *Damages* dont les présomptions irréfragables sont ensuite reprises par le Code de commerce. Les modalités de réparation sont sévères et se dessine une responsabilité solidaire des membres de l'entente.

➡ **H. HOEPFFNER, « L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique », *CMP*, 2020, n°8-9, étude 6.**

L'exécution des contrats reprend mais de manière très dégradée. De nombreux surcoûts sont identifiés : des surcoûts directs, liés à la période d'interruption et des surcoûts liés aux nouvelles modalités d'exécution (liés à la mise en œuvre des préconisations sanitaires et aux pertes de rendement). Ces derniers seront difficiles à chiffrer et à répartir.

Les ordonnances sont le vecteur d'une politique interventionniste mais ne règlent pas le droit à indemnité des entreprises. Tout repose sur la négociation et le devoir d'exemplarité (dispositifs de concertation). En matière d'application des dispositions contractuelles, nombre de contrats proposent des solutions en cas de force majeure. Il est possible le cas échéant de conclure un

avenant pour fixer la répartition des surcoûts. Les dispositions sont applicables si elles sont plus favorables au titulaire. Le droit dérogatoire peut également être appliqué, mais les ordonnances apparaissent moins protectrices que la jurisprudence à propos de l'indemnisation en cas de résiliation. Enfin, en matière de droit commun, le code de la commande publique organise notamment la modification du contrat. « La solution pérenne est de négocier une solution équitable permettant la poursuite de l'exécution du contrat grâce à sa modification ».

➡ **R. de MOUSTIER et J. BENZAKKI, « Le régime d'exécution des concessions de services sans service public », *CMP*, 2020, n°7, étude 5.**

Le droit de l'Union européenne crée les concessions de service qui peuvent ne pas être des services publics, alors que la théorie générale des contrats administratifs français est axée autour de cette notion. Les concessions de service et les concessions de service publics ont des règles communes. Sont ainsi codifiées dans le code de la commande publique le pouvoir de modification unilatérale, le pouvoir de résiliation unilatérale, ainsi que le pouvoir de contrôle et de direction. La codification de la théorie de l'imprévision à l'art. 6 du CCP la rend applicable aux contrats de concession de services « simple ». La durée du contrat de concession ainsi que leur exécution financière sont également harmonisées. La mise en régie, si elle n'est pas codifiée dans le CCP, est toutefois désormais possible pour tous les contrats administratifs.

Les concessions de services « simples » ne sont pas soumises aux règles des biens de retour. Elles emportent rarement occupation du domaine public, les sous-contrats conclus seront en principe de droit privé. L'absence de service public dans le contrat conduit, selon les auteurs, à un rééquilibrage des relations contractuelles car certains principes ne s'appliquent pas. C'est le cas des lois du service public, de la jurisprudence *Altmark*. Le niveau d'information dû par le concessionnaire sera moins intense.

➡ **G. ECKERT, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », *CMP*, 2020, n°6, étude 4.**

Le droit spécial temporaire, adapté pour faire face à la crise sanitaire, marque un recul de la liberté contractuelle. Le droit spécial est combiné avec le droit commun des contrats. La condition de nécessité de lien avec l'épidémie « est amenée à être plus difficilement remplie au fur et à mesure de la mise en œuvre des modalités de confinement et de la reprise des activités économiques ». L'adaptation du droit de la commande publique vise la continuité de la satisfaction des besoins publics. Les contrats peuvent notamment être adaptés ou prolongés. Les dispositions visent également le soutien des opérateurs économiques. Le régime des avances est revu, de même que la règle du service fait.

Le droit spécial préfigure peut-être des évolutions plus profondes du droit de la commande publique. Le droit de la commande publique pourrait être davantage interventionniste « dans le Monde du ”jour d’après” » : politique environnementale, sociale, industrielle.

➡ **É. MÜLLER**, « Les alternatives à la maîtrise d’ouvrage publique », *CMP*, 2020, n°5, dossier 8.

Le propriétaire du bien joue en principe le rôle du maître de l’ouvrage. Or, nombre de contrats permettent à la personne publique de commander la réalisation de travaux sans exercer la maîtrise d’ouvrage. L’auteur tente de déterminer si les personnes publiques « sont libres ou non de recourir aux alternatives à la maîtrise d’ouvrage publique ». Les jurisprudences des années 1990 ont permis de souligner la liberté contractuelle des personnes publiques qui peuvent recourir à des contrats de droit privé. L’article L2410-1 du CCP soulève des interrogations sur le champ d’application et aurait pour effet de restaurer la rigueur initiale de l’article 2 de la loi MOP. En outre, lorsqu’une personne publique recourt à un contrat de travaux dont elle n’assure pas la maîtrise d’ouvrage, les contrats conclus par le maître d’ouvrage seront de droit privé. La personne publique se prive des prérogatives du maître de l’ouvrage : elle n’a pas de pouvoir de direction, ne peut choisir les prestataires et ne peut réceptionner les travaux.

➡ **C. ROUX**, « La loi MOP, quel avenir ? », *CMP*, 2020, n°5, dossier 9.

Le législateur n’a pas abandonné la loi MOP lors de la codification du code de la commande publique. La référence à la MOP dans la définition des marchés de travaux est abandonnée. Selon l’auteur, l’avenir de la loi MOP est assuré à court terme. A moyen terme, il est plus mitigé. La loi MOP ne prend pas en compte les considérations liées au cycle de vie du bâtiment. L’intégration de davantage de souplesse serait la bienvenue. La loi MOP est « répulsive » : elle ne fait pas de différence SPA/SPIC et ne distingue pas entre les catégories domaniales, ne s’ancre pas dans la théorie des contrats administratifs et n’épouse pas les notions d’ouvrage public et de travaux publics. Le périmètre de la loi MOP a été considérablement réduit face aux alternatives contractuelles, notamment grâce aux marchés de conception-réalisation et aux VEFA.

➡ **J.-F. LAFaix**, « Maîtrise d’ouvrage publique : essai de délimitation (par rapport à la maîtrise d’œuvre et à la maîtrise d’ouvrage privée) », *CMP*, 2020, n°5, dossier 3.

La loi MOP détermine les caractéristiques de la maîtrise d’ouvrage publique, d’ordre public, qui se différencie pour partie de la notion privatiste. Le maître de l’ouvrage est celui pour le compte duquel l’ouvrage est réalisé, ceci étant déterminé par la qualité de propriétaire du bien construit. La vision est unitaire en droit privé, duale en droit public : peut être maître d’ouvrage la personne qui commande et finance l’ouvrage sans en devenir immédiatement propriétaire (hypothèse des

contrats de concession). L'auteur révèle une ambiguïté des cas où la personne publique est obligée d'assumer le rôle de maître de l'ouvrage car la loi MOP et le Code de la commande ne donnent que les fonctions du maître de l'ouvrage et non les conditions de cette notion. Les textes ne traitent pas de l'hypothèse où la maîtrise d'œuvre est publique.

➡ **J.-V. MAUBLANC, « Maîtrise d'ouvrage publique et commande publique », *CMP*, 2020, n°5, dossier 6.**

Le CCP a assimilé la loi MOP et la commande publique par l'adoption notamment du vocabulaire de la commande publique. Les deux notions ont un critère matériel commun, à savoir « la réponse à un besoin défini par l'acheteur public », qui permet de superposer leurs champs d'application. La commande publique a toutefois un champ plus large car les contrats recourent à la maîtrise d'ouvrage privée dans nombre d'hypothèses (notamment les concessions). L'exercice de la MOP passe par des contrats de la commande publique, bien qu'il y ait des aménagements ou des exclusions au stade de la passation.

➡ **C. FARINEAU et A. GRAS, « Les marchés publics de services de recherche et développement », *CMP*, 2020, n°4, étude 2.**

Les contrats de R&D font l'objet d'une mise en œuvre modeste. Pour recourir à un tel contrat, il faut la présence d'un service de R&D (tel que prévu par l'art. L.2512-5 CCP). Il ne s'agit pas d'innovation mais de recherche fondamentale ou de recherche appliquée et de développement expérimental. Les résultats ne sont pas totalement acquis par l'acheteur, ils font l'objet d'un partage. Le financement respectif des parties est déterminé par elles. Les contrats de R&D font partie de la catégorie « autres marchés publics » du code de la commande publique. Ils ne sont pas soumis aux règles de passation prévues par le CCP. A la fin du contrat, l'acheteur doit mettre en concurrence les résultats issus du contrat de R&D afin qu'ils puissent éventuellement être acquis.

➡ **I. HASQUENOPH, « Nouvelles réflexions sur la commande publique et la *blockchain* », *CMP*, 2020, n°4, étude 3.**

La *blockchain*, définie par le Conseil d'État comme « la technologie de stockage et de transmission d'informations transparente, sécurisée et fonctionnant sans organe de contrôle », est saisie par le droit public. Elle est compatible avec les règles de passation des contrats de la commande publique. La *blockchain* privée, où « la participation au réseau est restreinte aux seuls utilisateurs autorisés », conviendrait le mieux. Elle permet d'assurer la transparence, tant du point de vue de l'action administrative que des citoyens. Des hypothèses de mise en œuvre se rencontrent au niveau international. Le recours aux *smart contracts* (« sorte de doubles algorithmés de contrats juridiques » d'après l'auteur) peut s'effectuer pour l'analyse des candidatures et l'analyse des offres. La

procédure devient toutefois rigide et se pose la question de la validité du consentement. Des problématiques peuvent naître en matière de protection des données personnelles car les informations contenues sur une *blockchain* ne peuvent être modifiées ou supprimées. La *blockchain* peut être un rempart contre la corruption et permet de réduire certains coûts de passation en recourant aux *smart contracts*. L'auteur met en garde contre les risques de collusion. En matière d'exécution contractuelle, les mécanismes objets de l'étude ne semblent pas s'accorder avec la modification des contrats. Des solutions existent toutefois, comme les « oracles » ou les « contrats hybrides ». Le *smart contract* automatise l'exécution contractuelle ; en cas de faute contractuelle ou d'un quelconque litige, le juge peut être saisi.

➡ **J.-G. SORBARA, « Contrats de coopération entre personnes publiques et commande publique », *CMP*, n° 3, Mars 2020, étude 1.**

Le champ des contrats de coopération entre personnes publiques s'élargit. L'association de personnes publiques de même niveau dans la réalisation d'un service public prend souvent la forme contractuelle. Se pose toutefois la question de l'articulation de ces contrats avec la commande publique. L'exclusion des contrats de coopération du champ de la mise en concurrence doit être nuancée : ils recouvrent plusieurs réalités contractuelles qui peuvent cacher une véritable prestation de service. L'auteur dégage plusieurs critères d'exclusion des contrats de coopération du champ de la commande publique. Le premier est celui du contrôle analogue, dégagé dans la jurisprudence puis repris par les textes. Les critères du *in house* doivent être distingués des critères des contrats de coopération public-public ; parmi eux, le critère organique qui transcrit la volonté de coopération et le critère du prix de la prestation de service. Les directives et le code de la commande publique soumettent tous les contrats de coopération aux mêmes critères mais leur application ne doit pas être automatique. Les réalités contractuelles diffèrent : l'auteur étudie les contrats de délégation de compétence d'une collectivité à une autre, les conventions d'assistance techniques et les ententes au sens de l'art. L5221-1 du CGCT et les autres contrats de coopération au sens de l'art. L5111-1 du CGCT.